

【論 説】

連帯保証債務の物上保証人所有不動産に対する 競売申立と主債務の時効中断効

伊 藤 進

目 次

- 一 問題の所在
- 二 判例の状況
- 三 「裁判上の請求」による確定的中断効
- 四 「單純催告」「裁判上の催告」による暫定的中断効
- 五 民法四三四条の「履行の請求」との関係
むすび

一 問題の所在

連帯保証債務を担保するための物上保証人に対する抵当権の実行としての競売の申立およびその後不動産競売開

始決定正本が連帯保証人に送達された場合（以下、「競売申立＋送達」という）において、主債務についての消滅時効の中断効が生ずるかどうかが問題である。このような問題の契機となったのは、以下のような事案に関する判例が相次いだことによる。その事案は基本的に共通し、A金融会社は、B不動産会社との間で提携ローンの約束を行いBから土地を購入するC購入者らに購入資金を貸付ていた。そして、Cらの購入物件にAのための抵当権が設定され登記が完了するまでの間、BがCの住宅ローン借入債務（主債務）につき連帯保証をしていた。さらに、Bの連帯保証債務を担保するために、D会社所有の不動産に根抵当権を設定し、物上保証人がつけられていた。ところが、BのAに対する連帯保証債務につき履行がなかったことから、Aは物上保証人であるDに対する根抵当権の実行を申立てた。一方、主債務者であるCらについては約款に基づき期限の利益が喪失しその日から起算して五年の消滅時効期間が経過している。なお、Cは、真実マンションを購入する意思がないのに、Bの資金繰りのため、Bから三〇万円の謝礼を受け取る約束でマンション購入者としてローン契約を締結し、DもBの勧誘に応じて物上保証していたようである。このことを前提として、第一類型事案は、BとDが原告（X）となつて、Aを被告（Y）として、Cらの主債務は時効により消滅し、その結果、附従性によりBの連帯保証債務が消滅し、それを被担保債権とする根抵当権も消滅したとして根抵当権設定登記の抹消を求めた。これに対してA（Y）は、競売手続において債権計算書を提出したこと、抵当権の実行による競売開始決定正本が連帯保証人に送達されたことによつて主債務についての時効が中断されていると主張した。第二類型事案は、逆に、Aが原告（X）となつて、Cを被告（Y）として、ローン債権の弁済を求めた。C（Y）およびB・Dが補助参加人となつて、時効によつて消滅したと抗弁した。そこで、A（X）は、第一類型事案と同様の理由で主債務についての時効が中断されていると主張した。このように、問題は、同一取引態様にかかわつての特異な状況の下で現れたものであるが、民事執行手続と消滅時効中断効の関係を考えるに当たっては、重要な契機となっている。

すなわち、この場合、抵当不動産競売の申立とこれに基づく競売開始決定正本の送達による時効中断効に関しては、抵当権実行のための競売は被担保債権に基づく強力な権利実行手段であるから時効中断の事由として差押と同等の効力を有し、⁽¹⁾「競売裁判所がその競売開始決定をしたうえ、競売手続の利害関係人である債務者に対する告知方法として同決定正本を当該債務者に送達した場合には、債務者は、民法一五五条により、当該被担保債権の消滅時効の中断の効果を受ける」とするのが判例である。これらのことについては、学説も一般に承認するところである。⁽³⁾このため、根抵当権の被担保債権である連帯保証債務については、時効の中断の生じたことについては争いはない。しかし、問題は、このようにして連帯保証人との関係で生じた時効の中断効は主債務にも及ぶかである。民法一四八条では時効中断は「当事者及其承継人」にのみ生ずるとして相対的であることを原則としている。ただ、連帯保証債務の消滅時効の中断効については、民法四五八条、四三四条に規定する「履行の請求」の場合は主債務に及ぶとして、例外的に、絶対的効力を認めている。ところで、連帯保証人について生じた事項で主債務者に対しても絶対効を有する事項として民法上定められた事項に「差押え」は含まれていないから、「差押え」による消滅時効の中断の効力が当然に主債務者にと及ぶということはできない。そこで、競売申立＋送達が履行の請求に当たるとすれば、この場合、主債務の消滅時効の中断効が生ずることになり、その可否が問題になる。ついで、その後の措置との関係で、この競売申立＋送達が確定的中断効を生じさせる「裁判上の請求」(民法一四七条一号)か、暫定的中断効を生じさせる単純な「催告」(民法一五三条)か、暫定的中断効を生じさせるだけであるが裁判上の手続の進行中は催告の効力が維持されている「裁判上の催告」⁽⁴⁾であるのかが問題になる。すなわち、「裁判上の請求」の場合は中断効を生じさせるのにその後の措置は必要ではないの対して、「催告」の場合は送達の時から起算して六ヶ月以内に、「裁判上の催告」の場合は裁判上の手続が終了した後六ヶ月以内に、確定的な中断措置を採らなければ中断効が生じないことになるからである。

注

- (1) 大判大正9・6・29民録二六輯九四九頁、昭和13・6・27民集一七卷一四号一三三四頁。
- (2) 最判昭和50・11・12民集二九卷二〇号一五三七頁、金判四八八号一三頁、最判平成七・九・五金判九九七号三頁、最判平成八・七・一二金判一〇〇四号四頁、最判平成八・九・二七金判一〇〇七号三頁、最判平成一一・九・九金判一〇八二号八頁。
- (3) 詳細は、拙稿「抵当不動産に対する競売申立と確定的時効中断効」伊藤進Ⅱ新井泉太郎Ⅱ平野裕之編・玉田教授古希論文集一九頁以下参照。
- (4) 最大判昭和三九・一〇・三〇民集一七卷九号一二五二頁。

二 判例の状況

この問題については、下級審判例は見解が分かれている。(1)単純な催告にも当たらないとして主債務の中断効を否定した判例(否定説)、(2)単純な催告に当たり暫定的に中断効は生ずるが、送達の時から起算して六ヶ月以内に確定的な中断措置が採られていなかったとして主債務の中断効を否定した判例(単純催告説)、(3)裁判上の催告に当たり裁判上の手続が終了する六ヶ月以内に確定的な中断措置が採られたとして主債務の中断効を肯定した判例(裁判上の催告説)がある。最高裁判決は、①否定説に立つことを明らかにしている。ただ、裁判上の請求と解する立場の判例は見られない。

これら、各立場の理由等はつぎのようである。

1 否定説に立つ判例 ①判決は「連帯保証人について生じた消滅時効中断事由のうち主債務者に対しても消滅時効中断の効力を有するのは、連帯保証人に対する履行の請求の場合(民法四五八条、四三四条)であって、本件におい

てB(X)に生じた消滅時効の右中断事由がこれに当たらないことは明らかであるから、右中断事由は主債務者であるCらに効力を及ぼさないとわなければならない。ちなみに、差押は、前述したように最も強力な権利の実行行為であって、請求とは別個に独立の中断事由とされているのであるから、差押若しくは競売手続が維持されていることをもって債務者に対して履行を求める請求(催告を含む)と同一視することはできない。」として、差押は権利実行行為で債務者への履行を求める請求と同一視できないことを理由に、「履行の請求(催告を含む)」と解し得ないとする。⁽¹⁾

②判例は「不動産競売は催告をさらに進めた請求の現実的な実行であって、時効中断事由として法が明確に定めている差押えの効力を有するものであり、また、同手続中においてなされる債務者への通知その他の呼出し等も、右請求の実行を目的としてそれに資する措置であり、しかも債務者へのそれら諸々の告知は、断片的で不連続である。そのような目的と状況の同手続き係属の場において、概括的、準備的な履行請求の意思が終始存することを観念していることは、疑問である。」「裁判上の請求と不動産競売手続きとの間に、制度及び運用上明確な区別が存し、同手続き係属中に、時効進行中で確定的に時効中断の生じていない債務者に対する債権者の措置として、同手続きの遂行を期待するしかなく、別途有効、的確な時効中断事由を講ずることが不合理であるとする事情は、見出し難いというべきである。すると、年来、差押えとしての時効中断事由を有する同手続きに、暫定的な時効中断事由が、同手続き係属中にわたり存すると解することは相当でない。」と判示している。⁽²⁾これによると、不動産競売は請求の現実的実行で概括的準備的履行請求とは次元が異なること、競売手続の通知は断片的な不連続で履行請求の意思のように終始存続していないこと、競売手続によって確定的時効中断が生じているので暫定的中断が係属中存在するとは考えられないことを根拠としている。

③判例は、「不動産競売の申立ては、債権者が自己の権利を主張し、競売によってその実現を求めるものではある。

しかし、相手方に対して直接履行を求める請求、催告と異なり、その主張は、あくまで裁判所に向けられている。：通知がなされるとしても、：被担保債権の履行を求める債権者の意思が、裁判所を通じて債務者に伝達されたと考えべきではない。民法一四七条が、請求と差押え等を分けて規定したのも、実体上の請求と執行手続きとを時効中断事由として分けて考えたからである。担保権実行の競売手続きの追行を、裁判上の催告と見ることはできない。」と判示している。⁽³⁾競売申立及びその手続は債権者の意思を債務者に伝達されるものではないこと、実体上の請求と手続上の担保権実行は中断事由として区別すべきであることを根拠としている。

④判例は、現行民法は、時効中断事由としての「請求」と「差押」を峻別していること、「請求」のみが主債務者に絶対効が及ぶことから、連帯保証人に対する時効が中断したとしても主債務者に対する時効は中断しないとする反論が正当であるとしている。⁽⁴⁾請求と差押を峻別していることを根拠とするにすぎず、理論的根拠は示されていない。

⑤判例は「民法は、時効の中断事由として、「請求」、「差押、仮差押又ハ仮処分」(以下「差押等」という。)及び「承認」の三類型に分けてそれぞれを独立して規定している(一四七条)が、差押等が時効中断事由とされた趣旨は、差押等が権利の現実的実行行為であり、その前提として権利の存在がある程度公にされることに基づくものであり(したがっていずれも取り消されれば効力がなくなる。)、請求とは別個に規定された趣旨は、差押等が必ずしも裁判上の請求のあったことを前提とするものではなく、また、判決があってもその時から時効が進行するからである。すなわち、差押等が請求とは異なるが故に別個の時効中断事由とされているのであるから、「差押」をもって当然に「裁判上の請求」ということはできない。」「ところで、時効の中断は、権利者による権利実行行為あるいは義務者による義務承認行為があった場合、権利あるいは義務の存在が明らかになることから認められるものであり、その意味では差押えも権利者による権利実行行為であり、義務者に義務の履行を請求する意思を包含する行為であると見ることも可能であ

る。しかし、請求は一般に債務者などの義務者に対する直接的な権利実現を求める行為であるのに対し、差押えは、債務者などの義務者に対する請求とは異なり、権利者の権利を差押えの対象となる物又は権利から実現しようとする行為である。特に金銭債務によって物上保証人や抵当不動産の第三取得者などの不動産を差し押さえる場合、これらの者は債務は負担しておらず、もっぱら差押えの対象となる不動産の限度において責任を負担しているに過ぎないのであるから、これらの者を相手方とする差押手続においては、通常、相手方の行為によって権利の実現を図ろうとする意思は債権者にはなく、当該差押対象の交換価値を換価手続により実現する意思を有するにとどまるのである。したがって、差押行為は当然に義務者に義務の履行を請求する意思を包含すると言ふことはできない。それは請求や催告とは基本的に異なる制度である。差押等が連帯債務者相互間において相対効しかないものとされ、時効の利益を受ける者でない者に対して差押等がされたときは、時効の利益を受ける者に通知しないと時効中断の効力が生じないときとされている（一五五条）のも、このような制度的な差異があるからである。そして時効の利益を受ける者に対する通知が必要なのは、時効が中断することによって不利益を受ける者にその事実を知らせておく必要がある、かつ、知らない間に中断の効果を発生させるのは相当でないとの考え方によるものであって、差押えの事実の通知には差押えをする者の主観を含む意義はないと解すべきである。そのことは、民法制定当時は予想されていなかった担保権の実行による差押えでも同様であり（担保権実行による競売手続においても差押えに準じて時効中断効が解釈上認められていた）、競売開始決定正本が債務者に送達されるのも、これによって差押えの事実を通知し、もって差押えによる時効中断効を発生させ、併せて手続さへへの関与の機会を与えるためのものであって請求を意図したものではない。」「結局、根抵当権実行に基づく差押えをもって、裁判上の請求あるいは裁判上の催告があったと解することはできない」と判示している。⁽⁵⁾そこでは、「裁判上の請求」や「裁判上の催告」と解し得ない理由として、物上保証人への競売申立には

債務の履行請求を観念できないことと義務者に義務の履行を請求する意思を包含すると言ふことはできないこと、差押えの事実の通知には差押えをする者の主観を含む意義はないことが挙げられている。

⑥判例は「根抵当権実行のためにする民事執行法による競売は、時効中断の事由として差押えと同等の効力を有するといふべきであるが、差押えは、債権者が債権の弁済を得るために行う権利実行行為であり、債務者に対する意思表示の方法ではないから、債務者に対する履行を受けることを欲することの意思表示である「請求」と同一視することはできない。このことは、民法一四七条が「請求」と「差押え、仮差押え又は仮処分」とを明確に区別していることから明らかである（大審院大正三年一〇月一九日第二民事部判決、民録二〇輯七七七頁参照）。競売の申立てが債務者自身の財産に対して行われるのではなく、自己の財産をもって他人の債務の担保に供した物上保証人の財産に対して行われる場合についてこれを検討してみると、物上保証人は何らの「債務」を負担するものではないから、債権者に対して給付すべき義務を負わず、単に担保権の実行を忍受すべき義務を負うにすぎない。したがって、自己の不動産に債務者のために根抵当権を設定した物上保証人の不動産に対する競売の申立ては、物上保証人に対して「債務」の履行を請求するものではない得ない。また、物上保証人の不動産に対する競売の申立ては、担保に供された抵当不動産の換価により、債権の満足を図ろうとする権利実行行為であるから、競売開始決定が債務者に送達すべきものとされている（民事執行法一八八条、四六条一項。なお、物上保証人の不動産に対する競売開始決定の場合においては、四六条一項所定の「債務者」は、「所有者及び債務者」と読み換えるべきである。）ことを考慮に容れても、これを債務者に対して債務の履行を求める意思表示である「請求」と解し、又は債務者に対する「請求」の意思表示を含むものと解する余地はないといふべきである。なお、民事執行法は、担保権の実行としての競売について、債務者を所有者とともに競売の申立人の「相手方」としていると解される（同法一八一条四項、一八二条、一八九条、一九

一条、一九六条）が、これは、担保権実行の手続によって債務者の負う債務の消長を来たし、それ故に債務者が担保権の不存在又は消滅を理由として競売開始決定に対し執行異議の申立てをすることが出来る道を与える目的に出たものにほかならないのであって、これをもって、物上保証人の不動産に対する担保権の実行としての競売の手続が債務者に向けられた債務の履行を求める「請求」の手続又は「請求」を含む手続であるということとはできない。」「これを本件についてみるに、控訴人は、物上保証人である補助参加人ら所有の本件各不動産に対して、根抵当権の実行として競売の申立てをし、その競売手続が進行していたにすぎないのであるから、これをもって、債務者である都市開発に対する裁判上の請求としての効力があることはできない。」「根抵当権実行のためにする民事執行法による競売は、時効中断の事由として差押えと同等の効力を有するというべきであるが、差押えは、債権者が債権の弁済を得るために行う権利実行行為であり、債務者に対する意思表示の方法ではないから、「催告」と同一視することはできない。しかも、物上保証人である補助参加人らは何らの「債務」を負担するものではないから、控訴人に対して給付すべき義務を負わず、単に担保権の実行を受忍すべき義務を負うにすぎない。したがって、控訴人のした本件競売の申立てが補助参加人らに対して「債務」の履行を催告するものではあり得ない。」と判示している。⁽⁶⁾本判決は「裁判上の請求」否定の理由としては、差押えは権利実行行為であり債務者に対する履行を受けることを欲することの意思表示である「請求」と同視できないこと、物上保証人に対して「債務」の履行を請求するものではあり得ないこと、競売手続で債務者への送達を考慮しても競売手続が債務者に向けられた債務の履行の請求でないことを、「催告」否定の理由としては、前述の差押と請求の違いと競売手続は債務者への請求でないことを挙げている。

⑦最高裁判決は「抵当権の実行としての競売手続においては、抵当権の被担保債権の存否及びその額の確定のための手続が予定されておらず、競売開始決定後は、執行裁判所が適正な換価を行うための手続を職権で進め、債権者の関

与の度合いが希薄であることにかんがみれば、債権者が抵当権の実行としての競売の申し立て、その手続が進行することは、抵当権の被担保債権に関する裁判上の請求（同法一四九条）又はこれに準ずる消滅時効の中断事由には該当しないと解すべきであり、また、執行裁判所による債務者への競売開始決定正本の送達は、本来債権者の債務者に対する意思表示の方法ではなく、競売の申立ての対象となった財産を差し押さえる旨の裁判がされたことを競売手続に利害関係を有する債務者に告知し、執行手続上の不服申立ての機会を与えるためにされるものであり、右の送達が行ったことが、直ちに抵当権の被担保債権についての催告（同法一五二条）としての時効中断の効力を及ぼすものと解することはできないことなどに照らせば、債権者が抵当権の実行としての競売を申し立て、その手続が進行すること自体は、同法一四七条一号の「請求」には該当せず、したがって、右抵当権が連帯保証債務を担保するために設定されたものである場合にも、同法四五八条において準用される同法四三四条による主債務者に対する「履行ノ請求」としての効力を生ずる余地がないと解すべきであるからである。」と判示している。⁽¹⁾この最高裁判決では、「裁判上の請求」否定の根拠としては、競売手続では債権の存否及び額の確定手続を予定していないことと職権で適性換価手続を進め債権者の関与の度合いが希薄であることを挙げ、「催告」否定の根拠としては、競売開始決定正本の送達は債務者に対する財産差押裁判開始の告知にすぎないことを挙げている。このことから、下級審判例が、その否定の根拠としてきた差押と請求の性質上の違いや、債務を負担しない物上保証人への申立てであることなど異なり、「裁判上の請求」否定も「催告」否定も、真正面から民事執行手続上から認めることができないことを明らかにしたものとして注目される。

2 単純催告説に立つ判例 ⑧判例は「担保権実行による競売の申立ては、債務者が債務の弁済をしない場合に債権者が自己の権利の満足を得るため、裁判所に対し、対象不動産を差し押え、所定の手続により配当すべきことを求めるものであり、「履行の請求」の意思を含むと考えられる。しかし、同法一四七条は、一号の「請求」と並んで二号

で「差押・仮差押・仮処分」を時効中断事由として独立・区別して列挙しているところ、控訴人の見解を是認するとなれば、差押があつた場合は同時に裁判上の請求による中断もあることになるから、差押を請求と区別して独立の時効中断事由として規定する意義も必要性もない筈である。したがって、両者について号を別にして規定することは文理構成上背理というほかない。また、同条が請求の外に、差押等をもって時効中断事由として掲記したのは、請求は、債権者が裁判上或いは裁判外のいずれであれ債務者に対し、債務の支払（履行）を求める意思の通知であるのに対し、差押等は、裁判所に対し、法規により権利の実現を求めるものであるという区別があり、しかも、差押等が必ずしも裁判上の請求があつたことを前提とするものではなく、判決があつても、その時から再び時効が進行することをおもんばかり、差押をわざわざ別に中断事由としたものと解されることを考慮するなら、請求と差押等は意義や概念を異にするものといわなければならない。」「ところで、催告とは、債務者に対して履行を請求する債権者の意思の通知であるところ、後に適法な中断手続が行なわれるまでの間限定的に時効を中断する効果を付与するのが相当である場合には広く認められて然るべきである。しかるところ、前記のとおり担保権実行による競売の申立てとそれに基づく手続においてなされる競売開始決定正本の送達も広い意味では債権者の「履行の請求」の意思を包含していると考えることができるから、右の催告としての意義を有すると解することができる。ただし、催告は裁判上の請求とは異なつて何らの形式も必要とはしないから、担保権実行手続の一環としてなされる競売開始決定が、差押の効果を持つことは当然としても、その中に債務者に対して履行を請求する意思が含まれている以上、その正本が債務者に送達されることにつき催告としての側面を否定することはできない。そして、債務者に対する送達は、債権者自らがなすものではないが、債権者がその意思に基づいて開始した競売手続上当然なされることが予定されているということができ（民事執行法一八八条、四五条二項）、また、これを民法一四七条の「請求」の一種である催告と解したとしても、六か月

以内に他の強力な中断手段を講じない限り時効中断効を否定されてしまふ程度の弱い効力しか有しないのであるから、同条において差押が独立の中断事由として掲記された意義を没却することにもならない。」しかしながら、競売開始決定正本の送達とこれに引き続く競売手続を裁判上の催告と認めることはできない。裁判上の催告とは、本来は請求としての完全な中断効を認めることはできないが裁判において債権者がその権利を主張していると認めるのが相当とされる場合に、手続が係属してその主張もまた維持されている間、催告も継続していると認めて暫定的な時効中断効の存続を認めるものであり、その実質的な根拠は、権利主張がなされた裁判上の手続の性格とこれに基づく権利主張の態様からみて、裁判上の手続の係属が債務者に対する権利行使（催告）の継続と同価値であると評価できることにありと解される。思うに、担保権の実行による競売は、担保権設定者に向けられた担保権の換価権能に基づくものであるから、債権者がその手続において基本的に主張すべき権利は担保権の存在であり、被担保債権の存在は担保権の付従性から必要とされるにとどまる。本件のように担保権設定者と債務者が異なる物上保証の場合においても、債権者は、競売手続において、担保権設定者に対して担保権の存在を主張すると同時にその被担保債権の存在も主張する必要があるが、被担保債権の存在を手続上主張する相手方はあくまでも担保権設定者であつて債務者ではない。債務者は被担保債権の支払をすべき義務者であるが、担保権の実行手続においては直接の当事者（相手方）になるものではない。なるほど、担保権実行の手続によつて、債務者が負担する債務の消長を来すがそれは担保権が実行されたことによる弁済の効果にすぎないし、債務者が担保権の不存在又は消滅を理由として不動産競売の開始決定に対して執行異議の申立てをすることができるのは、債務者と物上保証人間には通常強い利害関係があるために債務者にも申立権を認めたものであつて、担保権が具備する換価権能の実現という担保権実行手続の本質をいささかも動かすものではない。したがつて、担保権実行手続は担保権設定者に向けられた手続といふべきであつて、これを債務者に対

する手続と理解することは正当ではない。」「また、民事執行法上、物上保証における債務者が一定の限度で手続に關与する機会を与えられることは認められるが、そのような各種の通知又は呼出しは右手続の利害關係人である債務者に不測の損失を及ぼすことを防止し、不意打ちを避けるためのものにすぎないのみならず、訴訟手続における口頭弁論の一体性の原則及びその継続的な実施と対比すると、その通知等は断片的かつ不連続であり、しかも右通知等は裁判所の職權に基づく進行管理によるのであって債務者の意思に基づくものではなく、債權者の關与の度合いは極めて希薄である。したがって、裁判所によるこれらの通知等があるがゆえに、債權者の債務者に対する「履行の請求」の意思が終始表明され続けていると觀念することは相当ではない。以上のとおり、担保權実行に基づく競売の申立てとそれに基づく手続を債務者に対する債權者の權利主張とみることはできず、また、權利主張の態様からみても債務者に対する權利行使の意味が希薄で継続性に欠けるというべきである。よって、いったん競売開始決定の正本が債務者に送達された以上はその後競売手続が係属する限り債權者が債務者に対して催告を継続するのと同様の価値を有すると評価することはできない。そうであれば、本件においては、競売開始決定正本の送達の後、六か月の間に他の裁判上の請求、差押、仮差押等の時効中断事由をとらない限り、催告としての中断の効力はない」と判示している⁽⁸⁾。本判決は、「履行の請求」否定根拠を差押には「履行の請求」の意思が含まれるが差押を請求と區別して独立の時効中断事由として規定する文理構成上背理すること、差押と請求の性質上の差異に、「裁判上の催告」否定根拠を債權者は基本的には担保權の存在を主張し被担保債權の存在は担保權の付從性にすぎないこと、執行手続は担保權設定者に向けられた手続で債務者に対する手続と理解することは正当ではないこと、債務者への通知等は裁判所の職權に基づく進行管理であつて債權者の關与の度合いは極めて希薄であること、債務者への通知等は断片的かつ不連続であること、「履行の請求」の意思が終始表明され続けていると觀念することは相当ではないことに求めながらも、「催告」肯定の根拠を

競売開始決定正本の送達も広い意味では債権者の「履行の請求」の意思を包含すること、競売開始決定は差押の効果を持つことは当然としても債務者に対して履行を請求する意思が含まれていることを挙げている。しかし、「裁判上の催告」否定の根拠からすると「催告」をも包含するとする根拠づけは希薄であるように思われる。

⑨河合裁判官の少数意見は「民法一五三条のいう催告とは、債務者に対して債務の履行を求める債権者の意思の通知であつて、その形式、方法の如何を問わないというのが、一般的な理解である。競売の申立ては、債権者が被担保債権の弁済を得るためにする強力な手続であるから、直接的には抵当権の行使であつても、その背後に債務者に対して債務の履行を求める意思が含まれていることは明らかである。そして、その債権者の意思は、競売開始決定正本の送達により、債務者に到達することが予定されている。これを受領した債務者が債権者の右意思を認識することゝまた当然である。したがつて、頭記の一般的理解に従い、債権者が競売を申し立て、これに基づく競売開始決定正本が債務者に送達されることは、民法一四七条二号の差押えとなることは別に、同法一五三条の催告にも当たると解すべきである。」「しかしながら、いわゆる裁判上の催告として通常の催告を超える効力があるとされるのは、単に裁判所における手続で権利を主張したというだけでは足りず、(1)その手続において、当該権利の存否につき審理、判断されることが予定されているため、権利者が、その審理中、当該権利の存在を継続して主張していると認め得る場合、又は、(2)その手続が係属している間、権利者が別途当該権利の時効中断の手続をとることが著しく困難又は不合理であるなど、特段の事情があり、右の間の時効の進行を暫定的に中断しなければ権利者に酷であると認め得る場合であると考える。抵当権の実行としての競売手続においては、債務者から執行異議の申立てがあつた場合などを除き、原則として被担保債権の存否を審理、判断することは予定されていないから、右の(1)の場合に当たるとすることはできない。また、抵当権に基づく競売手続の係属中に、主債務者に対して訴えを提起するなど、被担保債権につい

て適宜の時効中断措置をとることが著しく困難又は不合理であるとはいえず、その他一般に右(2)の場合に当たると認めることもできない。したがって、抵当権の実行としての競売手続が係属していることをもって、一般的に、被担保債権につきいゆる裁判上の催告があつたと解することはできない。」と解している。⁽⁹⁾この少数意見では、「催告」肯定理由としては競売申立には債務者への履行請求の意思が含まれ送達により到達していること、差押と共に催告が含まれることが挙げられ、「裁判上の請求」否定根拠としては競売手続には債権の存否判断を予定していないこと、適宜の時効中断措置が困難でないことが挙げられている。

3 裁判上の催告説に立つ判例 ⑩判例は「担保権の実行は、被担保債権の満足を求めているのであるから、その申し立てには、抵当権者の抵当債務者に対する履行の請求が含まれていることは明らかである。そして、担保権の実行としての競売の申し立ては、裁判所に対して担保権及びその被担保債権が存在している旨主張してする権利主張の性質を有するが、その権利主張は、単なる裁判所に向けられるばかりでなく、相手方である抵当債務者にも向けられている。これらのことを考慮すると、担保権実行の競売の申し立てに基づき手続が開始され、抵当債務者に対して開始決定が送達されたときは、被担保債権の履行を求める抵当権者の意思が裁判所の手で抵当債務者に伝達されたものと見るべきであり、したがって、競売の申し立ては抵当債務者に対する催告としての効力を有する」。そして、「抵当権者の競売の申し立てとその後の競売手続は、相手方である抵当債務者に対する関係での裁判上の催告としての要素を充足しているのであって、このことは、裁判上の請求の一つである訴えとその手続を通じての裁判上の催告との関係と変わりはない。そして、時効中断事由である差押えが存在するからといって、それと重複して存在する催告の効力を否定する理由とはならないから、連帯保証人に対する差押えに主債務者や他の連帯保証人に対する時効中断の効力が認められないからといって、連帯保証人に対する催告の主債務者などに対する効力を否定しなければならないも

のではない。」と判示している。⁽¹⁰⁾ 本判決は、「裁判上の催告」肯定の理由としては、競売申立には債権存在の権利主張の性質のあること、送達により履行請求の意思が裁判所の手で伝達されること、差押と催告の重複は可能であること、さらには競売申立とその後の手続は裁判上の訴えと手続の關係と変わらないことを挙げている。しかし、最後に挙げられた理由については、充分な説明がみられない。

⑩判決は「担保権の実行としての競売申立は、執行裁判所に対する担保権の実現の申立であるが、被担保債権の満足を求めているのであるから、その申立には、手続の対立当事者である抵当債務者に対して支払を求める意思が含まれていると解される。そして、右申立に基づく競売開始決定の正本を執行裁判所から抵当債務者へ送達すべきことが法律上定められているところ（民事執行法一八八条、四五条二項）、これらの事実によれば、差押債権者としても、通常、自己の申し立てた競売事件が抵当債務者を埒外に置くものではなく、自己が競売を申し立てた旨を執行裁判所により抵当債務者へ通知されることを認識、意欲していると解するのが相当である。そうであれば、担保権の実行としての競売申立は、執行裁判所を通じてなす抵当債務者に対する被担保債務の支払の催告であり、競売開始決定正本が抵当債務者に送達されることで、支払を求める意思が実際に抵当債務者に到達すると解するのが相当である。」⁽¹¹⁾そして、右催告は、競売申立という裁判上の手続をもつてするものであるから、いわゆる裁判上の催告として、競売手続が係属中は催告の効力も継続していると解することができる。「被告らは、民法は時効の中断事由としての差押と請求を峻別し、多数当事者の債権關係において差押と請求とで絶対効に差異を設けているから、差押が同時に請求であるという解釈は許されない旨主張する。確かに、多数当事者の債権關係において絶対効を認められているのは請求のみで、民法が差押と請求とをその効果において峻別しようとしていることは明らかである。しかし、債権者が権利実現に向けてなした行為が時効の中断事由としての何に該当するかは、右行為がそれぞれの中断事由の要件を満たすか否かに

よって個別に判断されるべき事柄であり、担保権の実行としての競売申立が差押に該当するからといって、それが請求の一態様としての催告の要件を満たしているにもかかわらずこれに該当することを否定されねばならないわけではないというべきである。」と判示している。⁽¹¹⁾ 本判決は、「裁判上の請求」肯定根拠として、競売申立には債務者に対して支払を求める意思が含まれていること、差押と催告の競合を否定すべき理由のないこと、送達により債務者へ通知されることを認識、意欲していること、さらには競売申立という裁判上の手続をもってするものであることを挙げている。

⑫判例は「担保権実行としての不動産競売手続は、債権者の申立てによって開始され、開始決定による差押え、売却、売得金の配当又は交付に至る一連の手続である。申立書には、所有者、担保権のほか抵当債務者及び被担保債権を表示することを要し（民事執行規則一七〇条）、開始決定は、所有者と共に抵当債務者にも送達され、売却期日の通知、配当期日の呼出し等所要の通知は、所有者と共に抵当債務者に対しても行われる。抵当債務者は、開始決定に対し被担保債権の消滅、不存在等を主張して異議を申し立てることができ、売却許可決定に対する執行抗告、配当期日における異議の申出をすることも許される。右のような不動産競売手続は、所有者のみを相手とする手続ではなく、抵当債務者にも向けられたものと解される。債権者は、右手続において被担保債権の弁済を受けることを最終の目的とするものであるから、不動産競売の申立てが、被担保債権の弁済を求める意思を表示するものであることは明らかである。そして、前記のとおり債権者の右意思は、開始決定の送達により抵当債務者に通知することが手続的に保証されていることを考慮すれば、不動産競売の申立ては、抵当債務者に対する関係で民法一四七条一号の請求に当たると解するのが相当である。」「裁判上の請求は、請求権の存在を確定する効力を有するものに限られるものと解すべきであり、不動産競売手続は、請求権の存否を確定する効力を有するものではないから、不動産競売の申立ては、裁判上の請求に当たらず、催告としての効力を有するにすぎないものといわねばならない。」「不動産競売の申立てによ

る催告は、その手続の係属中は継続的に維持され、そのことを前提に、債権者の弁済要求に応えるため競売手続が行われるものと言うべきであるから、手続の進行中は催告の効力が維持され、手続終了後六箇月以内に抵当債務者に対し裁判上の請求等を行うことにより時効中断の効力を生じさせることができるいわゆる裁判上の催告に当たるものと解するのが相当である。」「民法は請求と差押えを峻別しており、差押えが同時に請求に該当することはあり得ないと主張する。確かに競売開始決定が抵当債務者に送達されると、抵当債務者との関係でも差押えによる時効中断効が生ずることは前記のとおりであるが、一の行為が効力を異にする二箇の中断事由に重疊的に該当すると解することを否定すべき理由はなく、裁判上の請求に該当する行為が、取下げ等により裁判上の請求としての中断効を生じない場合に、裁判上の催告としての中断効が認められることがあることは、広く承認されているところである。民法は、差押え、仮差押え、仮処分を時効の中断事由としている（一四七条二号）が、これらは、いずれも裁判上の請求には当たらないが、司法手続における権利主張であるところから、中断事由とされ、差押え等がその目的を達したときからさらに時効期間が進行を始めることとしたものである。不動産競売手続の申立てが前記のとおり裁判上の催告としての中断効を持つとしても、催告の効力が終了した時から六箇月以内に裁判上の請求等のより強力な時効中断の行為を行わなければ、結局時効中断の効力が生じないものであるから、前記のような差押えの性質に着目して、仮差押え、仮処分と共に、差押えに独立の時効中断事由として、より強い効力を定めることになんの支障となるものではなく、また差押えが独立の時効中断事由に定められていることが、不動産競売の申立てが有する裁判上の催告としての機能、効力を否定する理由となるものでもない。（ちなみに、仮差押え、仮処分は、差押えが請求権の履行を目的とするのとは異なり、請求権の保全を目的とするものであるから、仮差押え、仮処分には、裁判上の催告としての機能、効力はなないものというべきである。）」「民法四五八条において準用する四三四条により、主債務者に対しても効力を有する連帯

保証人への履行の請求は、時効の中断事由としての請求と異なるものではなく、前記一に認定のとおり連帯保証人である都市開発を抵当債務者とする不動産競売の申立てに基づき、開始決定が都市開発に送達されているのであるから、これによる都市開発に対する裁判上の催告の効力は、主債務者である控訴人渡部に対しても及び、その効力の継続中に本訴が提起されたことにより、控訴人渡部の本件貸金債務の消滅時効は中断しているものといわねばならない。」と判示している。⁽¹²⁾ 本判決は、「裁判上の請求」否定理由としては競売手続は債権の存否を確定する効力を有するものではないからだとしながら、「裁判上の催告」肯定理由として競売申立は債務者に向けられ債権の弁済を求める意思表示し送達により右意思が通知されていること、債権者の弁済要求に応えるため競売手続の係属中は継続的に維持されていること、裁判上の請求に該当する行為が取下げ等により裁判上の請求としての中断効を生じない場合に裁判上の催告として中断効が認められるのと同様に二重中断事由を否定すべき理由がないことを挙げた上で、さらには「裁判上の催告」は民法四五八条において準用する四三四条の「履行の請求」と異なるものではないとしている。

4 判例の諸見解の論拠についての整理

(1) 「裁判上の請求」としての確定的中断効 判例は共通して、裁判上の請求と解することを否定している。その論拠としては、債権の存否及び額の確定手続を予定していないこと〔⑦⑫判例〕、裁判所が職権で適性換価手続を進め債権者の関与の度合いが希薄であること〔⑦判例〕、競売手続で債務者への送達を考慮しても競売手続が債務者に向けられた債務の履行の請求でないこと〔⑥判例〕などの競売手続の性質との関係から、また差押えは権利実行行為であり債務者に対する履行を受けることを欲することの意思表示である「請求」と同視できないこと〔⑥⑧判例〕や、「履行

の請求」の意思が含まれるが差押を請求と区別して独立の時効中断事由として規定する文理構成上背理すること〔⑧判例〕など差押と請求の差異から、さらには物上保証人に対して「債務」の履行を請求は観念できないこと〔⑥判例〕などが主張されている。

(2) 「單純催告」「裁判上の催告」としての暫定的中断効 判例ではこのような暫定的中断効を認めるか否かについては見解の分かれるところであり、それぞれに種々の論拠が展開されている。

(ア) 競売申立+送達の性質 最も対立する点である。否定判例は、競売申立は現実的実行で請求は概括的準備的履行であつて次元が異なること〔①判例〕、実体上の請求と手続上の担保権実行は中断事由として区別すべきであること〔③判例〕、競売開始決定正本の送達は債務者に対する財産差押裁判開始の告知にすぎないこと〔⑦⑤判例〕、義務者に義務の履行を請求する意思を包含すると言ふことはできないこと〔⑤判例〕、競売手続で債務者への送達を考慮しても競売手続が債務者に向けられた債務の履行の請求でないこと〔⑤判例〕、競売申立及びその手続は債権者の意思を債務者に伝達されるものではないこと〔③判例〕の他、物上保証人への競売申立には債務の履行請求を観念できないこと〔⑤判例〕を性質として挙げている。肯定判例は、競売開始決定は債務者に対して履行を請求する意思が含まれていること〔⑧⑨⑪⑫判例〕、競売開始決定正本の送達も広い意味では債権者の「履行の請求」の意思を包含すること〔⑧判例〕、競売申立には債権存在の権利主張の性質のあること〔⑩判例〕、送達により履行請求の意思が裁判所の手で伝達され〔⑩⑨⑫判例〕あるいは債務者へ通知されることを認識、意欲していること〔⑪判例〕などを性質として挙げている。

(イ) 差押と請求の性質上の差異 否定根拠としては、差押は権利実行行為で債務者への履行を求める請求と同一視できないこと〔①④⑥判例〕が主張されている。これは「裁判上の請求」否定論拠とも共通するものである。

(ウ) 中断効の競合の可否 否定判例は、競売手続によって確定的時効中断が生じているので暫定的中断が係属中存

在するとは考えられない〔②判例〕とする。肯定判例は差押と催告の重複が可能であるとする〔⑨⑩⑪判例〕。その理由として裁判上の請求に該当する行為が取下げ等により裁判上の請求としての中断効を生じない場合に裁判上の催告として中断効が認められるのと同様に二重中断事由を否定すべきでないとする〔⑫判例〕。

(エ) 「裁判上の催告」の否定・肯定 裁判上の催告については、「單純催告」否定見解は当然のこと、「單純催告」肯定見解によっても否定されている。このうち、單純催告を肯定しなら、債権者は基本的には担保権の存在を主張し被担保債権の存在は担保権の付従性にすぎないこと〔⑧判例〕や執行手続は担保権設定者に向けられた手続で債務者に対する手続と理解することは正当ではないこと〔⑧判例〕、債務者への通知等は裁判所の職権に基づく進行管理であつて債権者の関与の度合いは極めて希薄であること〔⑧判例〕、競売手続には債権の存否判断を予定していないこと〔⑨判例〕を理由とする見解がみられるが、どのように根拠づけられるのか問題である。この他、競売手続の通知は断片的の不連続で履行請求の意思のようち終始存続していないこと〔②⑧判例〕や、適宜の時効中断措置が困難でないこと〔⑨判例〕を理由とするものがある。肯定判例は、競売申立とその後の手続は裁判上の訴えと手続の關係と変わらないこと〔⑩⑪判例〕、債権者の弁済要求に応えるため競売手続の係属中は継続的に維持されていること〔⑫判例〕を理由とする。

(オ) 裁判上の請求と履行請求の關係 「裁判上の催告」「單純催告」を肯定する判例は民法四五八条において準用する四三四条の「履行の請求」と異なるものではないと解する〔⑫判例〕

注

(1) 東京地判平成二年三月二十八日金判八五七号一七頁、金法二二八一号二八頁、判時一三七四号五八頁。

(2) 東京地判平成二・八・二七金判八六七号三三頁。

- ### 三 「裁判上の請求」による確定的中断効

競売申立＋送達により「裁判上の請求」として確定的中断効が生ずるか否かについては、判例は一樣に否定していることは前述したところである。また、学説でも、競売申立＋送達は民法一四七条一号の「請求」に該当しないととして中断効を否定する見解は、「單純催告」あるいは「裁判上の催告」としての暫定的中断効を否定すると共に、「裁判上の請求」として確定的中断効をも否定するものであろう。これに対して、「權利主張説、特に請求の意味を可成り広く解する有力説によれば、差押の申立に請求の意思が含まれていると解することは十分、可能であり、従つて、裁判所より相手方への競売開始決定正本の送達をもつて請求としての効果を認め得るといえる。即ち、裁判上の請求も（裁判上の催告を認める限り）一定の形式（広い意味での請求の意思が示されたと見ることが出来る行為が裁判上）で

なされれば足りるといえようから、差押に請求が含まれると解しうる」として、「裁判上の請求」と認め得る余地を指摘する見解がみられる。⁽²⁾

たしかに、「裁判上の請求」については、原告として訴訟物たる権利の存否を主張する場合に限らず、被告の抗弁として権利の存在を主張する場合や、破産宣告申立の場合、さらには債務者たる抵当権設定者が債務不存在を理由に抵当権設定登記の抹消を訴求したのに対し、債権者たる抵当権者が請求棄却を求め、被担保債権の存在を主張してそれが認められた場合についても肯定する判例などにみられるように、権利の主張が訴訟物となっていないが、裁判所によつて争点として十分、審理されている場合にまで拡大解釈されてきている。⁽⁴⁾このことからすると、競売申立+送達も「裁判上の請求」と解する余地がありそうである。しかし、これらの拡大解釈は、裁判上の争訟方法についてであつて、その争訟方法とはともあれいずれの場合も個別権利の存在を確定する効力の生ずる場合に限られている。これに對して、抵当権の実行としての民事執行法上の競売申立+送達は、裁判所上の権利の行使としての要素はあるが、個別権利の存在を確定することが予定されていない点で、拡大解釈の範疇に入れることはできないであらう。⁽⁵⁾

注

(1) 後掲注(4)参照。

(2) 清水晩「判評」判時一四〇三号一七二頁。

(3) 最判昭和四四・一一・二七民集二三卷一一号二五一頁。

(4) 詳細は、清水・前掲注(2)一七一頁参照。

(5) 伊藤進「民事執行上の催告」による暫定的中断効と消滅時効中断論」法論七一巻四・五合併号(椿寿夫教授古希記念論文集)五九頁。

四 「單純催告」「裁判上の催告」による暫定的中断効

1 学説の状況 競売申立+送達につき、学説は、前述した判例とは異なり、裁判上の催告に当たると解して暫定的中断効を肯定するのが多数である。⁽¹⁾ また金融実務からみて裁判上の催告と解するものも多い。⁽²⁾ これに対して、單純な催告ないし裁判上の催告に当たらないとする否定説や、單純な催告に当たるとする單純催告説は少数である。⁽³⁾

ところで、否定説は、(1)競売申立+送達及び執行手続の性質につき、①債権者による抵当權実行としての競売申立ては、直接には、裁判所に対し抵当權実行手続の開始を求める行為であり、債務者に対し弁済を請求する行為ではない、②競売手続の進行は、執行裁判所が職權でやるものであり、債権者の関与の度合いが大きくない、③競売開始決定の送達は、物上保証人に対し抵当權実行の開始を告知する意味をもつにとどまり、債務者に対し弁済を促す意味は含まれない、④競売開始手続には、破産手続と違い、債権の存否及び額の確定手続が予定されていない、⑤債権届出に中断効を認めなかった最高裁判決とは軌を一にすることなどを指摘すると共に、(2)民法は時効中断事由として差押と請求を区別していることから、同一の行為が二つの事由を兼ねると考えることは許されないとか、⁽⁴⁾ (3)民法四三四条の規定する絶対効を拡張すべきではないとかを論拠としている。⁽⁵⁾

「裁判上の催告」説は、(1)競売申立+送達及び執行手続の性質につき、①抵当不動産競売申立は被担保債権の満足を求めるものであるから抵当債務者に対する履行の請求（催告）を含む、⁽⁶⁾ ②競売開始決定の送達は、直ちに債務者に対して弁済を促す趣旨のものではないが、競売申立は裁判所における權利主張としての「催告」たる意味をもつことから、裁判所によって權利実行のための手続の一環として債務者に送達されたときには、債権者自身によって債務者に

対して「裁判上の催告」がなされたものと同視することのほうが説得力をもつ。⁽¹⁰⁾ ③執行手続が裁判所の職権で行われることは請求の一種とされている破産手続参加（民法一五二条）も同様である。⁽¹¹⁾ ④競売申立は債権者の強力な権利行使で権利の上に眠る者とはいえないのに、否定説では時効中断のためにだけに訴えを提起しなければならないことになり不都合である。⁽¹²⁾ ⑤時効中断事由は必ずしも権利の存在の確定を内容とするものである必要はないことなどを指摘すると共に、(2)物上保証人は債務を負担していないことから、その者への履行の請求は観念できないとしても、破産申立や確認の訴えの場合に請求と認めていることや催告の相手方の債務負担の有無と催告の効力の及ぶ人的範囲の問題は別であると考えたと障害にならないことや、(3)競売申立＋送達は「差押」＋通知の性質をもつにとどまることなく、催告の無定形性に鑑みるならば、その要件は柔軟に解釈し催告の性質をも持つと解することができるが、⁽¹⁴⁾ その兼有を否定する理由はないこと、さらには(4)民法四三四条との関係で差押と履行の請求は同視できないが、強制執行の申請には履行の請求が含まれていると解されていることから履行の請求概念は柔軟に解してよいことなどを論拠としている。⁽¹⁵⁾

「單純催告」説は、「裁判上の催告」説とは同様の論拠に立ちながら、(1)競売申立＋送達及び執行手続の性質につき、権利行使の意味が希薄で継続性に欠け、催告の継続と同価値に評価できない⁽¹⁶⁾、(2)物上保証人への競売手続の続行を債務者にまで及ぼすには手続保障が不十分である⁽¹⁷⁾ などを論拠としている。

2 暫定的中断効の論拠に関する若干の検討

(1) 時効中断の根拠との関係 暫定的中断効否定の論拠のうち、学説の(1)④や前述の最高裁判例⑦が競売手続には債権の存否や額の確定手続を予定していないことを挙げている点に注目すると、時効中断の根拠として権利行使説と権利確定説の対立がみられるなかで、この論拠づけの基本的立場としては権利確定説の考えを前提としているものと推測される。このことに関しては、取得時効の場合は目的物の占有・現実的利用という積極的行為の加わっているこ

とから時効の完成を容易に認め、権利確定的行為があつて初めて中断するものとするのが妥当ではないかと思われる。しかし、消滅時効については債務者による積極的行為はみられないことから時効の完成を容易に認める必要はなく、債務者の二重弁済を回避させるためのみの制度にとどめ、⁽¹⁸⁾ 眞の権利者の権利の確保を容易にするために、権利行使の行為が行われた場合には中断効を認めるのが妥当ではないかと思われる。また、(1)⑤の否定の論拠には疑問がある。そこでいわれた最高裁平成元年判決や最高裁平成八年判決では、⁽¹⁹⁾ 確定的中断効が生ずるための要素として①裁判又は破産の手続での権利の主張、②その権利の確定又は債務の履行を求める、③右角手続において右権利主張が債務者に到達する予定されているという三つを挙げている。そのうち、④では権利の確定又は履行の請求のいずれでもよいとしていることからすると、必ずしも権利確定を前提としていないこと、すなわち履行の請求という権利行使でもよいとするのが先例であると解され、先例とも矛盾することになる。

(2) 競売申立+送達の性質との関係 ア.「單純催告」「裁判上の催告」説 「單純催告」「裁判上の催告」による暫定的中断効否定論拠は、学説否定説(1)論拠や①③⑤⑦判例にみられるように、抵当権実行としての競売手続は訴訟手続や破産手続と異なるものであることを重要視しているものと推測される。そのことを前提として、競売手続の法理のみを形式的に展開し論拠としている。その限りでは妥当といえる。しかし、中断効との関係で問題となるのは、競売申立+送達という競売手続法上の措置が、実体法上、時効中断事由としての催告(請求)としての要素を持つかどうかである。競売申立+送達の手続法上の形式的な法的性質論は重要ではないのである。⁽²¹⁾

このような観点からすれば、競売申立+送達によって、実体法上は、学説の否定論拠(1)より、「裁判上の催告」説論拠(1)の方が常識的であり、実務上の債権管理処理にも適合するようにもみえる。また、連帯債務に関する判例ではあるが、連帯債務者の一人に対する訴の提起または「強制執行」は、他の債務者に対しても時効中断の効力を生ずるとす⁽²²⁾

るものがある。ここでは強制執行は訴の提起すなわち裁判上の請求と同視するものといえる。学説にも、「強制執行の申請も亦履行の請求と同視すべきである」との見解がみられる。⁽²³⁾ 最高裁判例には、破産の申立は裁判上の請求に準じて時効中断の効力が生ずるとするものもある。⁽²⁴⁾ そして、この申立が取り下げられた場合でも、破産手続の追行中催告が続いていたものとして、申立取下後六月以内に民法一五三条による裁判上の請求をすることによって時効は中断するとの最高裁判例もみられる。⁽²⁵⁾ この判例は、破産の申立に「請求」としての完全な中断効の認められない、裁判所における権利者の権利主張に、その主張の継続するあいだ中、「催告」としての効力を認めようとするもの」であり、近時の有力説によって認められつつある「裁判上の催告」と呼ばれている暫定的時効中断効をみとめるものである。⁽²⁶⁾ このような判例や学説の動向からすると、抵当不動産競売申立には、確定的時効中断効を生じさせる中断事由としての「差押」と同視できる要素がみられるとともに、それは裁判所に対する権利者の権利主張としての意味をもつことは否定されないものであるから暫定的時効中断効を生じさせる「裁判上の催告」として中断事由を併有するものと解するのが妥当といえるではないかと考えられる。

また、裁判所による競売開始決定正本の送達についても、学説の否定論拠(1)①や⑤⑦判例のように競売申立は裁判所に向けられたものであり、競売開始決定の送達は、裁判所が関係人に手続きに関与する機会をあたえるなどのためにすぎないとの発想は、競売手続における債権の届出は裁判所に対するものであるから中断事由にならないとする前述の最高裁判決の見解と共通するものがある。しかし、債権の届出の場合は、裁判所に対する法律上の権利実行のための行使といえるかどうかにつき疑問があるし、なによりも債務者への通知を伴うものではないという重要な違いがある。⁽²⁷⁾ このことから同様の発想によることは適切ではない。ところで、競売申立は裁判所における権利主張としての「催告」たる意味をもつものと解すべきであり、このような権利主張としての「催告」が、裁判所によって権利実行の

ための手続の一環として債務者に送達されたときには、債権者自身によって債務者に対して催告がなされたものと同視することのほうが説得力をもつのではないと思われる。⁽²⁸⁾ このことから、私見としても、競売申立+送達について、かつては、実体法上、「裁判上の催告」と解するのが妥当と主張した。⁽²⁹⁾

しかし、「裁判上の催告」は、我妻博士が「裁判上の主張は裁判外の主張（催告）より遙かに明確な権利の主張である。然し裁判所による権利の確認又は実行に至らざる点において右のAと同視しえない。：然し右の裁判上の主張は裁判手続係属中は催告そのものを不断に継続すると見ることをえないであらうか」との提案を出発点としている。⁽³⁰⁾ ここで重要なのは、「右のA」すなわち「裁判上の請求」と共通する裁判上の主張であることを前提としていることである。それは、裁判上での「当該個別権利」の確定又は実行の主張でなければならいわけである。また、「裁判上の催告」を認めたとされる最高裁大法廷判決も、⁽³¹⁾「訴訟において留置権の抗弁を提出する場合には、留置権の発生、存続の要件として被担保債権の存在を主張することが必要であり、裁判所は被担保債権の存否につき審理判断をなし、これを肯定するときは、被担保債権の履行と引換に目的物の引渡をなすべき旨を命ずるのであるから、かかる抗弁中には被担保債権の履行されるべきものであることの権利主張の意思が表示されているものといふことができる。従って、被担保債権の債務者を相手方とする訴訟における留置権の抗弁は被担保債権につき消滅時効中断の効力があるものと解するのが相当である。：訴訟上の留置権の抗弁は、これを撤回しない限り：該訴訟が被担保債権の債務者を相手方とするものである場合においては、右抗弁における被担保債権についての権利主張も継続してなされているものといふ得べく、時効中断の効力も訴訟継続中存続するものと解すべきである。」としているが、ここでも「当該個別被担保債権」の主張の継続に注目している。さらに、有力学説として⁽³²⁾裁判上の催告は①訴えが不適法として却下された場合、②訴えの提起以外の形式で裁判上の権利主張がなされた場合で当該権利あるいはその密接な関連を持つ権利について

認められると解する見解もあるが、ここでも当該個別権利に關しての裁判上の主張を前提とするものである。この他、裁判上の催告は、時効法の規定のうえで中断効が否定されているにもかかわらず（民法一四九条、一五二条参照）、後に正規の中断手続がとられた場合の救済策として暫定的中断効を承認する場合にだけ認めるべきであるとする見解もみらるが、参照している判例からすると、裁判上「当該個別権利主張」が行われている事案についてであり、「個別権利主張」以外の場合にまで認めものではないようである。⁽³⁴⁾このように、民法上、規定はないが学説、判例により承認されている暫定的時効中断事由としての「裁判上の催告」概念は、債権者が債務者に対して時効中断の対象になっている当該個別権利を、裁判上、継続的に行使していると評価される場合を前提とするものである。これは、基本的には、「当該個別権利」確認又は行使が行われた場合にのみ中断効を認める民法上の中断効法理の中での中断事由にすぎないのである。そこで、このことからすると、競売申立+送達は、実体法上、このような債権者の債務者に対する裁判上の「当該個別権利」の個別的継続的行使たる性格を持つているといえるかどうかについて検討しなければならない。

このような観点に立つてみたとき、否定説の論拠とする(1)①②③及び、否定判例の競売開始決定正本の送達は債務者に対する財産差押裁判開始の告知にすぎない〔⑦⑤判例〕、義務者に義務の履行を請求する意思を包含すると言ふことはできない〔⑤判例〕、競売手続で債務者への送達を考慮しても競売手続が債務者に向けられた債務の履行の請求でない〔⑤判例〕、競売申立及びその手続は債権者の意思を債務者に伝達されるものではない〔③判例〕とする主張には妥当なものがあつて、実体法上、裁判上の「当該個別権利」の個別的継続的行使と解することはできないということにならう。このことから、「裁判上の催告」による暫定的中断効は認められないことになる。

イ。「民事執行上の催告」による暫定的中断効　ただ、競売申立+送達及び執行手続の性質として、「裁判上の催告」肯定論拠として挙げている(1)①②の「競売開始決定の送達は、直ちに債務者に対して弁済を促す趣旨のものではない

が、競売申立は裁判所における権利主張としての「催告」たる意味をもつ」とする部分、④⑤の指摘は妥当といえる。このことから、競売申立＋送達は、「債権者の履行を求める意思が、裁判上の手続をとおして実体法上の効果あるものとして、継続的に表示されていると客観的に観念できる⁽³⁵⁾」と解することについては肯定できる。しかし、このような実体法上の効果は、民事執行手続が当該物件について物権としての担保権を有するすべての権利者のため、包括的な執行手続として構成されていることから、執行手続自体を全体として捉え、⁽³⁵⁾あるいは競売申立＋送達などのそれぞれの行為は、被担保債権の満足を受けるための連続する一体的行為を表象する行為とみる⁽³⁶⁾ことによってである。すなわち、包括的権利システムに基づく包括権利行使としての性質をもっているものとして理解する限りにおいてである。この点に注目すると、競売申立＋送達は、この包括的権利行使システムに基づく包括権利行使への参加を意味することになる。それは、包括権利行使としての、いわゆる「民事執行上の催告」とみることができよう。

このような包括権利行使である「民事執行上の催告」により消滅時効中断効が生ずるかについては、民法上、規定がない。民法上は、個別権利確定又は行使による中断効を予定しているだけである。しかし、包括権利行使であるとはいえ、それは裁判所での権利行使であり、民事執行手続が継続する限り、その包括権利行使は継続していることからすると、学説、判例で承認されている「裁判上の催告」と同様の暫定的中断効を認めてもよいのではないかと思われる。そのことによって、個別権利行使を前提としての中断効しか予定していなかった民法規定の欠缺を補い、新たな権利行使システムとして登場してきた民事執行手続法上の包括権利行使に実体法上の意味を与えることになる。

(3) 差押と請求の關係 競売申立＋送達による暫定的中断効を否定する学説及び判例は、差押は請求（催告）を包含しないとする。また、差押のなかに請求を包含されたとすると、二重の確定的中断が生じて、両者を併存させて時効中断事由としたことの意義が減殺されたとする。このことから、時効中断事由として請求と差押は峻別すべきであ

るとする。かかる指摘は適切である。しかし、競売申立+送達は「差押」+通知の性質をもつにとどまるのかどうかは別の問題である。ここでの問題は、時効中断事由としての競売申立+送達に請求の性質が含まれているかどうかである。このため、差押と請求が峻別されることを認めても否定説にはつながらないのである。

(4) 確定的時効中断効と暫定的時効中断効の重複 暫定的中断効を認める学説、判例は、重複を肯定し、否定する学説、判例は、これを否定する。その否定理由には、暫定的時効中断効のみとめられるのは確定的中断措置をとりえない場合にかぎるとの考えを前提とするもののようである。たしかに、差押としての中断事由がみとめられるとすると確定的時効中断効は生ずることになるが、これを取り消すとその効力が失われる。このため、暫定的時効中断効をみとめることが必要になる。そして、これがみとめられる前提は、競売手続中も暫定的時効中断効を生じさせる「民事執行上の催告」が重畳的に存在しているからであるといえよう。訴の提起の場合にも「裁判上の催告」としての中断事由があるとするのは同様の考えによるものといえよう。

注

- (1) 山野目章夫「民法判例レビュー」判タ七七五七五頁、清水暁「連帯保証債務の物上保証人に対する担保権の実行としての競売手続の申立・追行が、主債務の中断事由となるか」判時一四〇三号一六八頁、角紀代恵「連帯保証人の物上保証たる抵当権の実行と主たる債務の消滅時効の中断」金法一三六四号一七頁、浦野雄幸「最近執行・倒産事情(中)」NBL四六二号四八頁、半田吉信「一物上保証人に対する不動産競売において被担保権の時効中断の効力が生ずる時期、二連帯保証債務の物上保証人に対する抵当権の実行と主債務の消滅時効の中断」評論四五九号四二頁、櫻井英喜「差押えを取り下げた場合の時効中断効の帰趨」金法一三九八号五八頁、菅野佳夫「連帯保証債務の物上保証人に対する開始決定の連帯保証人への送達と、主債務の消滅時効中断の効力」判タ七六〇号三六頁など。拙稿「物上保証人に対する競売開始決定正本の連帯保証人への送達と主債務の時効中断」銀行法務五三二号二四頁、拙稿「競売開始決定の連帯保証人への送達と主債務の時効中断」私法判例リマークス五号一〇頁でも肯定的に解していたが、現在では見解を改め否定説が妥当との立場に立っている(拙稿

「民事執行上の催告」による暫定的中断効と消滅時効中断効」法論七一巻四・五合併号六〇頁。なお、前述の最高裁判決についても、批判的見解がみられる（山野目章夫「物上保証人に対する抵当権実行申立ておよびその取下げと被担保債権の消滅時効中断」銀行法務五二九号七頁）。

- (2) 石井真司「連帯保証債務を被担保債権として物上保証人が設定した根抵当権の実行と、主債務に対する消滅時効の中断の効力」判タ七五三三六頁、佐久間弘道「連帯保証債務を被担保債権とする根抵当権の実行と主債務の消滅時効（下）」金法一四五〇号七六頁、秦光昭「物上保証人に対する競売申立てと被担保債権についての時効中断効等」金法一三三〇号一一頁、大西武士「抵当権の実行と時効中断効」判タ九三三四九〇頁、同「抵当権の実行と時効中断効」NBL六二一七〇頁、渡部晃「物上保証人に対する抵当権者の権利行使は消滅時効を中断するのか」NBL四九八号四四頁など。

- (3) 近江幸治「競売開始決定の連帯保証人への送達と主債務の時効中断」手研四五四号四頁、塩崎勤「物上保証と時効中断の効力をめぐる最近の判例から（下）」債権管理五〇号三四頁、広渡鉄「不動産の仮差押え、差押えと時効中断効」金法一三七六号二五頁、花本広志「物上保証人に対する抵当権の実行と被担保債権の消滅時効中断」金法一三八七号一〇六頁、平井一雄「裁判上の催告について」銀行法務五三六号四頁など。

- (4) 和田照雄「物上保証人に対する抵当権実行と時効中断」金法一三四八号一六頁、石田喜久夫「解説」法教一九七号一二六頁、松岡久和「抵当権の実行と消滅時効の中断」金法一四八五号二二頁。なお、前述の最高裁判決に関連して、送達が催告としての効力をもたないというのはわかりにくい、河合見解は常識的なものと思われるとの見解がみられる（松久三四郎「連帯保証債務を担保する物上保証（抵当権）の実行と主債務の時効中断」金法一四六九号二〇頁）。

- (5) 渡部・前掲四四頁、角紀代恵「解説」判例セレクト96一九頁。

- (6) 孝橋宏「連帯保証債務の物上保証人に対する抵当権の実行と主債務の消滅時効中断」ジュリ一一〇八号九三頁。

- (7) 近江・前掲八頁。

- (8) 金山直樹「解説」リマークス一三三〇一八頁、松久・前掲（金法一四六九号）二二頁。

- (9) 清水・前掲四二頁、佐久間・前掲七五頁。

- (10) 山野目・前掲（判タ七五七七号）五七頁。

- (11) 山野目・前掲（判タ七五七七号）五七頁。

- (12) 石井・前掲六三頁、半田・前掲四〇頁、山野目・前掲（判タ八九三三三）三九頁。

- (13) 山野目・前掲（判タ七五七七号）五七頁、角・前掲（金法一三六四号）二〇頁。

- (14) 石井・前掲六三頁、佐久間・前掲七五頁、半田・前掲四二頁、大西山・前掲(判タ九三三四号)九〇頁、山野目・前掲(判タ八九三三三)三八頁。
- (15) 山野目・前掲(判タ八九三三三)三九頁。
- (16) 和田・前掲一八頁。
- (17) 松岡・前掲二八頁。
- (18) 星野英一「時効に関する覚書」民法論集(4)三〇三頁、山野目・前掲(銀法)七頁。
- (19) 最判平成元・一〇・一二金判八三三三三三頁。
- (20) 最判平成八・三・二八金判九九九三三三頁。
- (21) 久松・前掲(金法一四六九号)二〇頁。
- (22) 東京控判大正九・一〇・一六評論一〇卷民法一一七頁。
- (23) 勝本正晃・債権総論中巻(1)一四一頁(一九三四年)。
- (24) 最判昭和三五・一二・二七民集一四卷一四号三二五四頁。
- (25) 最判昭和四五・九・一〇民集二四卷一〇号一三九一頁。
- (26) 四宮和夫・民法総則(第三版)三二六頁(一九八二年)。
- (27) 同旨、山野目・前掲(判タ七五七号)五七頁。
- (28) 同旨、山野目・前掲(判タ七五七号)五七頁。
- (29) 拙稿・前掲(銀行法務(五三三三)号)二三頁、拙稿・前掲(リマックス四号)一〇頁。
- (30) 我妻栄「確認訴訟と時効中断」民法研究II(初出一九九六年・一九八五年)二六五頁。
- (31) 最大判昭和三八・一〇・三〇民集一七卷九号一二五二頁。
- (32) 松久三四彦「時効制度」星野英一ほか編民法講座I五八四頁。
- (33) 平井一雄「裁判上の請求と時効の中断」民法の争点(ジュリ別冊)九三頁。
- (34) このことは、平井教授は、競売申立+送達につき「裁判上の催告」を否定した最高裁判平成八年判決に賛同して居られることからも推測される。
- (35) 佐久間・前掲七四頁以下。
- (36) 浅生重機「不動産競売における申立債権以外の債権の時効中断(下)」手研四七三三三三頁、三五頁。

(37) 伊藤真「民事執行手続と消滅時効中断効—執行法上の観点から—」金融法研究一五号一九頁。同旨、竹下教授も民事執行法五九条一項、二項で消除主義を前提とすることから全体としてみれば権利行使をしているとらえることができる。指摘されている(竹下守夫「第一五回金融法学会シンポジウム発言」金融法研究一五号三九頁、四〇頁)。

五 民法四三四条の「履行の請求」との関係

なお、問題の所在で提示した事例に即してみると、以上のように、競売申立+送達が、実体法上の暫定的中断事由になるとしても、それは原則として、連帯保証人との関係においてであるにすぎない。そこで、このような暫定的中断効は主債務者との関係においても絶対効を生ずるか問題になる。すなわち、民法四五八条が四三四条を準用し連帯保証人に対する「履行の請求」により主債務者との関係でも中断効が生ずることから、競売申立+連帯保証人への送達が連帯保証人に対する四三四条にいう「履行の請求」に当たるかが問題になる。このことから、最高裁判和八年判決の事案との関係では、民法一四八条の「請求」のいずれに当たるかという議論を経由せず、四五八条、四三四条の「履行の請求」に該当するかを問えば足りるとする。暫定的中断効を否定する見解に立つときは、いずれの議論によって結果には差異はない。しかし、その場合であっても、競売申立+送達の実体法上の性質を問題にし、中断事由に当たるか当たらないかを議論して中断効を否定するのか論理ではないだろうか。

ところで、「単純催告」「裁判上の催告」説は、当然のように「履行の請求」に該当すると解している。すなわち、裁判上の請求(民法一四九条ないし一二二条)のほか裁判外の催告(民法一五三条)も「履行の請求」に該当すると解されてきたことによる。⁽²⁾そしてここでは、民法上、規定のない「裁判上の催告」についても、当然のように同様に解

されていることに留意すべきである。これに對して、民法四五八条につき疑問視する見解が見られる。それは、「履行の請求」に絶対効を認めること自体への疑問と、中断事由のうち請求のみに絶対効を認めることについての疑問の両方からである。このため、前者を重視するときは「履行の請求」に該当する場合を縮小解釈できる余地があるのに對して、後者では拡大解釈できる余地をもっている。このことに關して、沿革的検討の後、連帯保証人に民法四三四条を適用する合理性は認めにくいし、學說上の古くからの批判を考慮すると拡張すべきという議論は説得力が弱いとする見解も見られる。⁽⁵⁾そして、この上に立つて、連帯保証人自身に對する差押えさえ「履行の請求」にあたらないのに、連帯保証人の物上保証人に対する差押えに伴う競売開始決定の送達という、より遠い事由が「履行の請求」にあたるというのは不自然でもあるとして、否定説を支持する。⁽⁶⁾

このように、競売申立+送達が「單純催告」「裁判上の催告」に当たらないとするのならともかく、「催告としての効力の有無の決め手は得られない」との立場に立ちながら、それは「履行の請求」には該當しないと見る見解からすると、「民事執行上の催告」は包括權利行使としての催告であることから、さらに遠い事由ということになって「履行の請求」性が否定されることになろう。しかし、このような「履行の請求」についての見解は、債権の効力の強化を基調に主張されたものと推測されるが、そうだとすると、この場合には、暫定的中断効の絶対効を認める方が債権の強化、存続に繋がることになる。また、「履行の請求」のみに限定し、全ての中断効に絶対効を認めない不徹底の解消に努力する方が自然ではないかと思われる。このため、競売申立+送達につき実定法上の催告の性質を否定できないとするならば、「履行の請求」とみて暫定的中断効の絶対効を認めるのが妥當ということになろう。それが、包括權利行使としての「民事執行上の催告」であっても、連帯保証人との關係で暫定的中断効を認める限りにおいては、さらに「履行の請求」を拡大解釈して、準用ないし類推適用することの方が妥當ではないかと思われる。このことは、「履

行の請求」に絶対効を認めた理由としての、連帯債務の場合は「一人に対する請求の効力が他の者に及ぼしても、その予期するところに反する結果を生じない」ためであるとする起草関係者の見解や、連帯債務者間での共同関係⁽⁹⁾、相互の情報交換の存在⁽¹¹⁾とも齟齬することはないであろう。さらには、取得時効と異なり消滅時効については、正当な権利者から権利を奪い、不誠実な債務者に利益を与える正義に反する制度として消滅時効回避を強調する有力見解⁽¹²⁾とも接合することになろう。

注

- (1) 中田裕康「保証債務の物上保証人への競売申立と主債務の時効中断」民商法二一六巻四・五号七六一頁。
- (2) 我妻栄・新訂債権総論四一四頁、西村信雄・注釈民法(11)八二頁「椿寿夫」。
- (3) 山中康雄「いわゆる連帯ということの意義」民商法三三巻三号三五一頁、我妻・前掲四一〇頁。
- (4) 西村信雄・前掲八〇頁「椿寿夫」、岡本坦・注釈民法(5)七一頁、山中・前掲三四五頁。
- (5) 中田・前掲七三六頁、七三四頁、同旨、松久・前掲(金法一四六九号)二二頁。
- (6) 中田・前掲七三六頁、同旨、松久・前掲(金法一四六九号)二二頁、松岡・前掲二八頁。
- (7) 中田・前掲七六〇頁。
- (8) 西村信雄編・注釈民法(11)八〇頁(椿寿夫)、山中康雄・前掲三四五頁、川島武宜編・注釈民法(7)七一頁(岡本)、菅野・前掲三六頁、清水・前掲一七一頁。
- (9) 法典質疑録第一八号(一八九七年)三四〇頁(中田・七二六頁参照)。
- (10) 西村編・前掲書五一頁(椿)、淡路剛久・連帯保証の研究(一九七五年)一五九頁。
- (11) 松久・前掲二二頁。
- (12) 星野英一・民法概説I(一九八一年・良書普及会)二五一頁。

むすび

以上のように判例や学説の展開のきっかけとなった事案としては特異なものといえる。しかし、この問題は、時効中断効の及ぶ範囲を考えるにあたっての理論的検討材料を提供したものである。それは、時効中断効の範囲をどこまで拡大するか、またその理論構成をどうするかにかかわる問題とみることができるところである。とくに、主債務・連帯保証債務・物上保証と経済的には一体的に存在する場合に、物上保証と連帯債務に生じた中断効を主債務にまで拡大することが理論的に可能か、すなわち時効中断効の経済的一体関係にある権利帰属者の人的範囲の拡大の問題を検討する機会を与えたものといえる。

そして、本稿では、民事執行における競売申立+送達に、実体法上の「民事執行上の催告」としての性質を見出し、それを「裁判上の催告」にならって、民法上は規定されていない暫定的中断事由と解すると共に、それは民法四三四条の「履行の請求」と類似するものとして絶対効を認めることを提言するものである。